Prof. dr. mr. G. R.

Amsterdam, 19 juni 2015

Mr. H. S.

Notitie

Aan: VWS: drs. V. E., T. N. EMC: drs. D.V., Prof. dr. E. K.
Betreft: Aansprakelijkheid en schade VWS/Erasmus MC, kenmerk: 201400117.012.026 - Juridisch kader
Cc.: ND: mr. K. der G., mr. H. W. D.: drs. J. L., drs. K. Z.

SAMENVATTING

Algemeen

- VWS en het EMC hebben NautaDutilh gevraagd een bindend advies te geven over toekenning en hoogte van een schadevergoeding wegens het niet gestand doen van toezeggingen die de Minister in 2009 heeft gedaan in verband met de bouw van een nieuw ziekenhuisgebouw.
- Conform afspraak bevat deze notitie de weergave van het juridisch kader waarbinnen deze beoordeling zal worden uitgevoerd evenals de conclusie die kan worden getrokken uit de toetsing aan dit juridisch kader van de feiten zoals ze momenteel bekend zijn bij NautaDutilh. In een tweede fase zal vervolgens, indien VWS en het EMC daarmee instemmen, een feitenonderzoek worden verricht dat zal uitmonden in een bindend advies.

Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad

- Partijen zijn het erover eens dat het niet gestand doen van de toezeggingen de Minister schadeplichtig maakt, omdat deze handelwijze als een onrechtmatige daad kwalificeert. Zij wensen door tussenkomst van deskundigen te komen tot vaststelling van de voor vergoeding in aanmerking komende schade van het EMC die het gevolg is van het niet gestand doen van de toezeggingen.
- NautaDutilh onderschrijft dat het niet gestand doen van de toezeggingen

door de Minister als een onrechtmatige daad kwalificeert en leidt tot schadeplichtigheid van de Minister.

- Bij het begroten van de schade die van die onrechtmatige daad het gevolg is zal NautaDutilh zich laten bijstaan door Deloitte. Voor het bepalen van de hoogte is het uitgangspunt dat de daadwerkelijk door EMC geleden en mogelijk nog te lijden schade voor vergoeding in aanmerking komt. Van belang hierbij is mede dat het EMC heeft gehandeld op basis van gewekt vertrouwen en heeft geïnvesteerd terwijl zij zonder de toezeggingen niet of op andere wijze zou hebben geïnvesteerd (het dispositievereiste).
- Indien uit het onderzoek zou blijken dat tevens sprake was van een zekere mate van eigen verantwoordelijkheid van het EMC bij het ontstaan van de schade, kan dat aanleiding zijn de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding dienovereenkomstig bij te stellen. Dit geldt onverminderd de plicht van partijen zich te vergewissen dat er geen sprake is van verboden staatssteun.
- Staatssteunregels staan naar ons oordeel niet in de weg aan het toekennen van een schadevergoeding als hiervoor bedoeld, mits die wordt vastgesteld op basis van strikte toepassing het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, en mits de hoogte van de toe te kennen schade niet leidt tot overcompensatie, dat wil zeggen het uitkeren van een bedrag dat hoger is dan het bedrag dat zou resteren als alle relevante inkomsten (inclusief de kapitaallastcomponent in de DBC-vergoedingen die het EMC t.z.t. van zorgverzekeraars zal verkrijgen) worden afgetrokken van alle relevante kosten. Alleen het onrendabele verschil mag kort gezegd worden vergoed, zodat gewaarborgd wordt dat het verbod van staatssteun in acht wordt genomen. Deloitte zal assisteren bij de berekening hiervan.

Inhoudelijke aanpak feitenonderzoek

- Aan de hand van interviews en het bestuderen van de relevante documentatie zal in Fase II worden beoordeeld welke schade van het EMC op grond van het niet gestand doen van de toezeggingen voor vergoeding in aanmerking komt.

o0o

1 INLEIDING

1.1 Achtergrond

1. De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (de "**Minister**"[1]) heeft bij brief van 11 mei 2009 (de "**Toezeggingsbrief**") de volgende toezeggingen (de "**Toezeggingen**") gedaan aan het Erasmus Medisch Centrum (het "**EMC**"):

   - de toezegging om de NZa in het specifieke geval van het EMC te vragen de overgangsregeling kapitaallasten niet gedurende drie jaar toe te passen, maar gedurende tien jaar met een jaarlijkse afbouw van 10%, waarbij voor het eerste jaar na oplevering (verwacht werd 2017) een vergoedingspercentage van 100% van de kapitaallasten zou gelden ("**Toezegging I**");
   - de toezegging om het DHAZ-kader specifiek voor het EMC te verhogen met de exploitatiekosten van een investering van EUR 100 miljoen, op voorwaarde dat de benodigde financiering daardoor zou rondkomen en dat de bouw ook daadwerkelijk in 2009 zou aanvangen ("**Toezegging II**").

2. Bij brief aan de Tweede Kamer van 1 september 2014 heeft de Minister bericht dat de Toezeggingen niet in overeenstemming lijken met de Staatssteunregels en haar eigen beleidslijn. Bij brief van 31 oktober 2014 heeft zij bericht over het vervolgtraject, waarbij mogelijke schade door een expert wordt bepaald door middel van een bindend advies.

3. NautaDutilh N.V. ("**Opdrachtnemer**) is door betrokkenen gevraagd een dergelijk bindend advies te geven. Voor de schadeberekening laat Opdrachtnemer zich bijstaan door Deloitte. De Minister en het EMC hebben hier op 30 januari 2015 een opdracht toe verstrekt (de "**Opdracht**").

1.2 De Opdracht

4. De Opdracht gaat er van uit dat Opdrachtnemer in "Fase I" het juridisch kader in kaart brengt. Deze notitie vormt daarvan de uitwerking. Indien de Minister en het EMC instemmen met het ingaan van "Fase II", vindt in die fase uitgebreid feitenonderzoek plaats naar de voor vergoeding in

---

[1] Waar in het vervolg over aansprakelijkheid van de Minister wordt gesproken, wordt gedoeld op aansprakelijkheid van de betrokken rechtspersoon, te weten de Staat der Nederlanden.

aanmerking komende schade als gevolg van het niet nakomen van de Toezeggingen. Fase II resulteert in een door Opdrachtnemer opgesteld bindend advies, waarin de hoogte van schadevergoeding is bepaald die de Minister aan het EMC is verschuldigd vanwege het niet gestand doen door de Minister van Toezegging I en Toezegging II.

1.3 Opzet van de analyse

5. In paragraaf 2 wordt hierna het kader beschreven van het Nderlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht waarbinnen de onderhavige beoordeling zal dienen te worden gemaakt. Vervolgens wordt in paragraaf 3 ingegaan op beperkingen voor het toekennen van een schadevergoeding uit hoofde van staassteunregels. Tot slot wordt in paragraaf verder een korte beschrijving gegeven van de aanpak van het onderzoek in Fase II.

2 KADER VOOR AANSPRAKELIJKHEID EN SCHADE

2.1 Onrechtmatige daad

2.1.1 <u>Vestiging van aansprakelijkheid</u>

Onrechtmatige overheidsdaad als civielrechtelijke grondslag voor aansprakelijkheid

6. Bij de beantwoording van de vraag naar aansprakelijkheid van de Minister is de vraag in hoeverre de Toezeggingen zijn aan te merken als toezegging in civielrechtelijke zin, met de kanttekening dat het hier geen wettelijke term betreft en de hierna te noemen elementen slechts indicatief zijn.

7. Een toezegging in het privaatrecht beschikt in de regel over de volgende eigenschappen:[2]

- een toezegging stelt de adressant voorafgaand aan een besluit een bepaalde handelwijze in het vooruitzicht;

[2] Vgl. (in fine) J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht* (1994), p. 100 e.v en E.R. de Vries, Wat is een overheidstoezegging waard?, in: *Overheid en onderneming, tussen publiek en privaat ondernemen* (1998), p. 146-147 en L. Strikwerda in zijn conclusie voor HR 20 september 2002, *NJ* 2004/148, randnummer 15. Zie voor een lijst van factoren waaraan een rol kan toekomen bij de beoordeling van of de overheid onrechtmatig handelt door onjuiste informatie te verstrekken M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht* (2013), p. 413 e.v.

- een toezegging is eenzijdig van aard;
- een toezegging is gericht op een specifieke situatie;
- een toezegging is individueel van karakter;
- een toezegging geeft een standpunt weer;
- een toezegging is vervat in concrete bewoordingen; en
- een toezegging houdt per definitie een positief oordeel in voor degene tot wie zij is gericht.

8. Partijen zijn het erover eens dat het niet gestand doen van de Toezeggingen de Minister schadeplichtig maakt, omdat deze handelwijze als een onrechtmatige daad kwalificeert. Ook naar ons oordeel kwalificeert het niet gestand doen van de Toezeggingen door de Minister als een onrechtmatige daad en leidt dit tot schadeplichtigheid van de Minister, aangezien het EMC aan de Toezeggingen gerechtvaardigde verwachtingen kon ontlenen. Dit zal als uitgangspunt worden genomen in Fase II, waarbij tevens door nader feitenonderzoek zal worden vastgesteld hoe de Toezeggingen dienden te worden uitgelegd en tot wat voor schadeplicht niet gestanddoening als gevolg daarvan leidt.

2.1.2 Omvang van de schade

Wettelijk schadebegrip

9. Gegeven de vaststelling dat de Minister schadeplichtig is, dient vervolgens de omvang van de voor vergoeding in aanmerking komende schade te worden bepaald. Afdeling 6.1.10 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing op het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding ten gevolge van onrechtmatig overheidshandelen.

10. Uitgangspunt in het schadevergoedingsrecht is dat de schade die het gevolg is van een bepaalde gebeurtenis volledig vergoed dient te worden.[3] Het begrip schade wordt bij wet gesplitst in vermogensschade en ander nadeel (artikel 6:95 BW). Onder het begrip vermogensschade valt zowel het ten gevolge van de onrechtmatige daad geleden verlies als de gederfde winst (artikel 6:96 BW). In artikel 6:96 lid 2 BW worden daarnaast nog een aantal specifieke categorieën van kosten als vermogensschade aangemerkt.

---

[3] *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Hartlief), nr. 196.

Schadebegroting

11. In artikel 6:97 BW is de regel neergelegd dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard daarvan in overeenstemming is. Als uitgangspunt moet de schade worden berekend met inachtneming van de relevante omstandigheden van het geval (concrete schadeberekening). Voor het bepalen van de hoogte is het uitgangspunt dat de daadwerkelijk door EMC geleden en mogelijk nog te lijden schade voor vergoeding in aanmerking komt. Van belang hierbij is mede dat het EMC heeft gehandeld op basis van gewekt vertrouwen en heeft geïnvesteerd terwijl zij zonder de toezeggingen niet of op andere wijze zou hebben geïnvesteerd (het dispositievereiste).

2.1.3 Volledige/gedeeltelijke schadevergoeding

12. Indien eenmaal is vastgesteld dat onrechtmatig is gehandeld, dan kan aan de hand van de in de vorige paragraaf benoemde regels worden vastgesteld hoeveel schade van die onrechtmatige daad het gevolg is. Dat betekent niet zonder meer dat die schade ook geheel voor vergoeding in aanmerking komt. In de eerste plaats is daarvoor vereist dat tussen de schade en de onrechtmatige daad voldoende causaal verband bestaat. In de tweede plaats kan het aannemen van eigen schuld aan de zijde van de schadelijdende partij ertoe leiden dat de schadeplichtigheid van de partij die onrechtmatig heeft gehandeld moet worden verminderd. Hierna bezien wij zowel het vereiste causaal verband als de eigen schuld.

Causaal verband

13. Uit artikel 6:162 BW vloeit voort dat de ontstane schade een gevolg moet zijn van het onrechtmatig handelen. Vereist is dat er enig oorzakelijk verband bestaat tussen de onrechtmatige daad en de schade (het 'primaire causaal verband' of '*condicio sine qua non*-verband'). Daarnaast vereist artikel 6:98 BW *voldoende* verband tussen de daad en de schade (het 'secundair causaal verband'): 'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.' Of toerekening aan de orde is vergt een afweging van de relevante omstandigheden, zoals de aard van de aansprakelijkheid en van de schade en verder onder meer ook nog van de voorzienbaarheid en de

mate van schuld.[4]

Eigen schuld

14. Eigen schuld is wettelijk geregeld in artikel 6:101 BW en veronderstelt aansprakelijkheid van de dader.[5] Uit de wettekst volgt dat wanneer schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde zelf kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht wordt verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.

15. Bij de vraag naar de eigen schuld worden in de praktijk twee fasen onderscheiden:[6]

- de primaire toerekeningsafweging, waarin wordt afgewogen in welk mate de aan elk der partijen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen;[7] en
- de billijkheidscorrectie, zoals neergelegd in de slotzin van artikel 6:101 lid 1 BW.

16. Het aannemen van eigen schuld van de benadeelde leidt tot vermindering van de omvang van zijn schadevergoedingsplicht en bij zeer ernstig tekortschieten van de benadeelde zelfs tot verval van de schadevergoedingsplicht.[8] Het nalaten van het nemen van maatregelen ter voorkoming of beperking van schade door de benadeelde mag die gevolgen echter slechts hebben, indien aannemelijk is dat een normaal voorzichtig en redelijk mens, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, wel dergelijke maatregelen zou hebben getroffen. Het nemen van maatregelen moest, met andere woorden, in redelijkheid van de

4 In de praktijk spelen de zgn. 'deelregels van Brunner' een voorname rol bij de beoordeling van of toerekening kan plaatsvinden. Deze zijn: (1) naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, is toerekening eerder gerechtvaardigd en (2) naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is, is een ruimere toerekening gerechtvaardigd.

5 A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over schuld en schade in het burgerlijke recht* (2003), p. 83.

6 *Ibidem*, p. 85.

7 In het kader van de eerste fase worden in de literatuur een aantal subvragen onderscheiden: (i) of er causaal verband bestaat tussen de schade en een handelwijze of omstandigheid aan de zijde van degene die schade lijdt, (ii) of die gedraging of omstandigheid aan de benadeelde kan worden toegerekend, in welk geval de oorzakelijke gebeurtenis juridische consequenties krijgt en (iii) wanneer aan beide voormelde elementen is voldaan moet worden beoordeeld in welke mate de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen in vergelijking tot de mate van bijdrage van de aan de dader toe te rekenen omstandigheden.

8 G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* (2005), p. 86.

benadeelde zijn te verwachten.[9]

3 STAATSSTEUNRECHT

3.1 Het Staatssteunverbod

17. Artikel 107 lid 1 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie ("**VWEU**" of "**Werkingsverdrag**") voorziet in een verbod, behoudens uitzonderingen, op staatssteunmaatregelen.

18. Van staatssteun in de zin van die bepaling is sprake bij:
- een begunstiging;
- van bepaalde ondernemingen of sectoren;
- door de Staat of anderszins met staatsmiddelen bekostigd;
- die tot gevolg heeft dat de mededinging dreigt te worden vervalst en de tussenstaatse handel nadelig wordt beïnvloedt.

19. Het Werkingsverdrag voorziet in uitzonderingen op het staatssteunverbod in de artikelen 106 lid 2 en 107 leden 2 en 3 VWEU.

3.2 De aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU

20. Indien sprake is van staatssteun en partijen zijn van mening dat deze in aanmerking komt voor één van deze uitzonderingen, moeten zij de betrokken maatregel krachtens artikel 108 lid 3 VWEU eerst voor voorafgaande goedkeuring aanmelden bij de Europese Commissie ("**Commissie**"), of een beroep kunnen doen op een regeling die voorziet in een uitzondering op die aanmeldingsplicht, zoals bijvoorbeeld de DAEB-Besluiten I en II.

21. De procedureregels hiervoor zijn nader uitgewerkt in Verordening (EG) Nr. 659/1999.[10]

22. Een nieuwe staatssteunmaatregel die ten uitvoering wordt gebracht zonder (i) voorafgaand te zijn aangemeld bij en goedgekeurd door de Commissie of (ii) van rechtswege te zijn vrijgesteld van die aanmeldingsplicht, wordt krachtens artikel 1onder (f) Vo 659/1999

---

[9] HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980/43 (*Tauber/Verhey*). Zie ook G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* (2005), p. 86.

[10] Verordening (EG) Nr. 659/1999 van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 1999 L 83, p. 1, zoals nadien gewijzigd ("**Vo 659/1999**")..

aangemerkt als "**onrechtmatige steun**". Voor onrechtmatige steun voorzien de artikelen 10-13 Vo 659/1999 in een procedure die bij gegrondheid van de bevindingen kan uitmonden in een beschikking van de Commissie waarbij de betrokken lidstaat wordt gelast de betrokken steun terug te vorderen van de begunstigde.

3.3 Het begunstigingsbegrip

23. Als begunstiging wordt elke maatregel aangemerkt, die de financiële lasten verlicht die doorgaans op een onderneming drukken.

24. Bij een subsidie is die begunstiging gegeven. Bij commerciële transacties moet worden beoordeeld of deze onder marktconforme omstandigheden plaatsvinden.

3.4 Toepassing staatsteunregels

25. Mede gezien de omstandigheden waaronder de Toezeggingen zijn gedaan, waar wij desgevraagd nader over kunnen uitweiden, staan staatssteunregels naar ons oordeel niet in de weg aan het toekennen van een schadevergoeding als hiervoor bedoeld. Daar is echter van belang dat die schadevergoeding wordt vastgesteld op basis van strikte toepassing het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Er is dan immers geen sprake van enige begunstiging, maar van het op basis van civielrechtelijke aansprakelijkheid volgens die strikte normen vergoeden van geleden schade. Verder is van belang dat de hoogte van de toe te kennen schade niet leidt tot overcompensatie, dat wil zeggen het uitkeren van een bedrag dat hoger is dan het bedrag dat zou resteren als alle relevante inkomsten (inclusief de kapitaallastcomponent in de DBC-vergoedingen die het EMC t.z.t. van zorgverzekeraars zal verkrijgen) worden afgetrokken van alle relevante kosten. Alleen het onrendabele verschil mag kort gezegd worden vergoed. Deloitte zal assisteren bij de berekening hiervan.

4 AANPAK ONDERZOEK IN FASE II

26. Aan de hand van interviews en het bestuderen van de relevante documentatie zal in Fase II worden beoordeeld welke schade van het EMC op grond van het niet gestand doen van de toezeggingen voor vergoeding in aanmerking komt.

27. Een belangrijke vraag van feitelijke aard daarbij is wat de financiële gevolgen zijn of zullen zijn van het niet gestand doen van de Toezeggingen gegeven een redelijke uitleg van de strekking daarvan op basis van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen. Heeft de door het EMC gestelde schade betrekking op de omvang van de Toezeggingen, of zijn daar ook andere schadeposten in verwerkt? Dit feitelijke onderzoek zal met behulp van Deloitte moeten worden uitgevoerd.

28. Voor het bepalen van de hoogte is het uitgangspunt dat de daadwerkelijk door EMC geleden en mogelijk nog te lijden schade voor vergoeding in aanmerking komt. Van belang hierbij is mede dat het EMC heeft gehandeld op basis van gewekt vertrouwen en heeft geïnvesteerd terwijl zij zonder de toezeggingen niet of op andere wijze zou hebben geïnvesteerd (het dispositievereiste).

29. Bijvoorbeeld is van belang of in de door het EMC veronderstelde nadelige financiële gevolgen van het niet nakomen van de Toezeggingen op correcte wijze ook voordelen zijn verwerkt die het EMC toekomen, zoals van kapitaallasten die zijn verwerkt in met verzekeraars onderhandelde DBC-tarieven. Voorts is de periode waarover het EMC het nadeel berekent van belang. Hoe werken de vergoedingen uit de Overgangsregeling en de Garantieregeling door in die periode en in de omvang van de schade? Wat is het belang (nu) van het feit dat Toezegging I betrekking heeft op een overgangsregeling met betrekking tot een periode vanaf 2017/2018?

30. Niet ieder financieel nadeel levert ook schade op die voor vergoeding in aanmerking komt op grond van onrechtmatige daad. Het niet kunnen beschikken over vermogen kan bijvoorbeeld niet per definitie gelijk worden gesteld aan schade. Met een reëel beeld van de omvang van het nadeel, kan vervolgens worden onderzocht in hoeverre en, zo ja, welk deel van het nadeel voor vergoeding in aanmerking komt. De hierna te bespreken aspecten kunnen leiden tot beperking of uitsluiting van een mogelijke schadevergoeding.

31. Zoals hiervoor is aangegeven is verder van belang vast te stellen wat de maximale hoogte van toe te kennen schadevergoeding kan zijn, om te voorkomen dat die schadevergoeding op zichzelf ook weer als verboden staatssteun kan worden aangemerkt. Van belang hierbij is vooral vast te stellen dat geen sprake is van overcompensatie, dat wil zeggen het

uitkeren van een bedrag dat hoger is dan een bedrag dat zou resteren als alle relevante inkomsten (inclusief de kapitaallastcomponent in de dbc-vergoedingen die het EMC t.z.t. van zorgverzekeraars zal verkrijgen) worden afgetrokken van alle relevante kosten. Alleen het onrendabele deel mag kort gezegd worden vergoed. Deloitte zal assisteren bij de berekening hiervan.

32. Indien schade - en de omvang daarvan - wordt aangetoond is de vraag of er tussen die schade en de Toezeggingen voldoende causaal verband bestaat om tot schadevergoeding over te kunnen gaan. Bij die beoordeling is van belang of het EMC erop kon vertrouwen dat de Toezeggingen een bepaalde strekking hadden en dat de Minister die Toezeggingen juridisch en/of feitelijk gestand kon doen. Voorts is van belang of een schadebedrag dient te worden beperkt wegens eigen schuld of wegens het feit dat het optreden van schade onvoldoende is voorkomen door het EMC. Heeft het EMC - of hebben derden - gehandeld naar aanleiding van de Toezeggingen?

o0o

BIJLAGE I

GEZONDHEIDSRECHTELIJKE KADER

De opeenvolgende wijzigingen in de bekostigingsregimes voor ziekenhuizen

1. Tot 2005 werden Nederlandse ziekenhuizen uitsluitend bekostigd via functiegerichte budgettering ("**FB**"). Daarin kregen ziekenhuizen een vast, van tevoren vastgesteld budget ter beschikking gesteld, ongeacht het aantal daadwerkelijke verrichte handelingen.

2. Per 1 januari 2005 is een stelsel ingevoerd waarbij ziekenhuizen betaald krijgen op basis van diagnose behandelcombinaties ("**DBCs**"). Een DBC staat voor de complete behandeling van een patiënt voor een bepaalde aandoening, met inbegrip van alle daarvoor noodzakelijke verrichtingen.

3. De DBC’s zijn verdeeld in een A-segment en een B-segment. DBC's in het A-segment werden in eerste instantie nog steeds bekostigd via het FB-systeem, met vaste, door de NZa vastgestelde tarieven. Het B-segment kent daarentegen vrij tussen de ziekenhuizen en de zorgverzekeraars te onderhandelen prijzen, soms met inachtneming van door de NZa vastgestelde maximumtarieven.

4. Om de zorgmarkt te liberaliseren zijn in de loop der jaren steeds meer DBCs overgeheveld van het A-segment naar het B-segment.

5. Per 1 januari 2012 is de DBC-methodiek vervangen door de DOT-methodiek (DBC's op weg naar transparantie). De 30.000 DBC’s worden met DOT teruggebracht naar 4.400 DBC-zorgproducten.

6. Met de invoering van DOT in 2012 is tevens het FB-stelsel beëindigd en vervangen door integrale, risicodragende prestatiebekostiging: ziekenhuizen worden voor elk DBC-zorgproduct apart betaald, in plaats van dat zij per jaar één vast budget hebben. De omzet van ziekenhuizen wordt dus volledig bepaald op basis van hun declaraties.

Het bouwregime

7. Tot 1 januari 2008 gold in Nederland voor de bouw van zorginstellingen het zogenaamde bouwregime. Vanaf 1973 was daarop

de Wet Ziekenhuisvoorzieningen van toepassing, vanaf 1 januari 2006 de Wet toelating zorginstellingen ("**WTZi**").

8. Het bouwregime functioneerde als een vorm van aanbodregulering. Onder het bouwregime moest een zorginstelling voor investeringen in gebouwen een verklaring van toelating (ook wel 'verklaring van behoefte') vragen aan de Minister.[11] Het College bouw zorginstellingen ("**Cbz**") adviseerde de Minister bij het afgeven van die verklaring.[12]

9. Nadat het advies was ingewonnen bij het Cbz toetste de Minister de aanvragen aan door hem vastgestelde beleidsregels.[13] Die beleidsregels bevatten onder meer criteria (i) over de spreiding van bepaalde vormen van zorg ten aanzien waarvan aan de bereikbaarheid een bijzonder belang werd gehecht en (ii) voor het bepalen van de prioriteit van aanvragen om toelating.

10. Na die toetsing toetste de Minister ook of het afgeven van een verklaring zou leiden tot overschrijding van het door hem vastgestelde financieel kader voor de kosten van zorginstellingbouw.[14]

11. De zorginstelling die over een toelating beschikte, kon vervolgens een bouwvergunning aanvragen bij het Cbz. Met een verleende bouwvergunning wendde de zorginstelling zich vervolgens tot verschaffers van vreemd vermogen met het verzoek de voorgenomen plannen te financieren. Banken beschouwden die vergunning in de praktijk als zekerheid ten aanzien van de betaling van rente en aflossing en verstrekten op die basis financiering.[15]

12. Met de bouwvergunning en het contract van de financier in de hand verzocht de zorginstelling de NZa een bedrag ter vergoeding van kapitaallasten op te nemen in het jaarlijkse budget van die instelling, vanaf het moment van ingebruikneming van de gebouwen. Kapitaallasten zijn gedefinieerd als de rente en aflossing die betaald moet worden aan financiers (banken) in het kader van de financiering van investeringen in gebouwen en grond. Door nacalculatie werd het financiële risico voor deze kapitaallasten weggehaald bij de

11 Artikel 5 WTZi (oud).
12 Artikel 7 lid 2 WTZi (oud).
13 De beleidsregels werden vastgesteld ingevolge artikel 4 WTZi (oud).
14 Artikel 3 lid 1 WTZi (oud).
15 Advies Commissie nadeelcompensatie Ziekenhuizen, 'Ondernemen, maar met zorg', 30 september 2008, p. 17.

ziekenhuizen. Dit systeem is aangeduid als de kapitaallastenvergoeding.

13. Onderdeel van de liberalisering in de zorg was dat ziekenhuizen verantwoordelijk moesten worden gemaakt voor hun investeringen in bouw en vastgoed en daarover ook risico moesten gaan lopen. Dit hield enerzijds in dat het bouwregime per 1 januari 2008 is afgeschaft. Dat betekent dat er vanaf dat moment geen verklaring meer is vereist van de Minister voor investeringen in ziekenhuisgebouwen. Anderzijds hield dat in dat de kapitaallastenvergoeding geleidelijk zou worden afgebouwd.

De afbouw van de kapitaallastenvergoeding

Algemeen

14. Aanvankelijk werd beoogd het FB-systeem, met inbegrip van de kapitaallastenvergoeding, per 1 januari 2009 af te schaffen en te vervangen door integrale prestatiebekostiging. Omdat die stap te groot werd geacht om in één keer te nemen is er daarna voor gekozen om op die datum eerst te beginnen met een gesplitst stelsel:

- handhaving van de oude kapitaallastenvergoeding voor het A-segment;
- afschaffing van die vergoeding voor het B-segment; en
- geleidelijke overheveling van activiteiten van het A-segment naar het B-segment.

15. Vervolgens is per 1 januari 2012 het FB-stelsel als geheel afgeschaft.

16. De Commissie nadeelcompensatie Ziekenhuizen (de "**Commissie Havermans**") heeft geadviseerd over een verantwoorde overgang van het FB-stelsel naar integrale prestatiebekostiging. Zij bracht op 30 september 2008 haar advies uit.[16]

17. Zij heeft voorgesteld een generieke overgangsregeling vast te stellen waarin het verschil tussen 'kapitaallasten oud' en 'kapitaallasten nieuw' (dat wil zeggen zonder de kapitaallasten die samenhangen met het B-segment) in drie of vier jaar zou worden afgebouwd. De NZa zou daarvoor een beleidsregel moeten opstellen. Daarnaast stelde zij voor

---

16 Zie vorige noot.

een hardheidsclausule toe te passen op het afschaffen van de nacalculatie. Deze hardheidsclausule diende ertoe te voorkomen dat zorginstellingen in onoverkomelijke problemen zouden komen. De causale relatie tussen de overgang en de problemen zou door de instelling moeten worden aangetoond en ter beoordeling zijn van de NZa. Tenslotte heeft de Commissie Havermans geadviseerd een nadeelcompensatieregeling te ontwikkelen. Deze regeling zou pas in werking treden nadat de overgangsmaatregelen bij elke volgende uitbreiding van het B-segment c.q. bij de afschaffing van het FB-systeem, uitgewerkt zouden zijn.

Afschaffing van de nacalculatie voor het B-segment in 2009

18. Conform deze opzet is per 1 januari 2009 de nacalculatie van gebouwgebonden kapitaallasten die samenhangen met het B-segment stapsgewijs afgeschaft.[17] Die kapitaallasten werden in de nieuwe situatie integraal onderdeel van de vrije prijs waarover tussen zorginstelling en zorgverzekeraar onderhandeld moet worden. Dit betekent dat zorginstellingen, waar het om het B-segment gaat, zelfstandig verantwoordelijk werden voor hun investeringen in vastgoed en daarover het risico gingen lopen.

19. Op dezelfde datum is het B-segment uitgebreid van ongeveer 20% naar ongeveer 35% van de gemiddelde ziekenhuisomzet.

20. De NZa stelt op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg ("**WMG**") beleidsregels vast met betrekking tot haar bevoegdheid zorgtarieven vast te stellen.[18] De Minister kan de NZa algemene aanwijzingen geven met betrekking tot het beleid van de NZa en haar werkwijze en de uitoefening van taken, met dien verstande dat een aanwijzing geen betrekking kan hebben op een individuele zorgaanbieder.[19]

21. Naar aanleiding van het advies van de Commissie Havermans heeft de Minister de NZa verzocht een beleidsregel vast te stellen met daarin de door die Commissie voorgestelde overgangsregeling.[20]

---

17 Onder kapitaallasten in het B-segment worden verstaan de aan het B-segment van jaar 't' toe te rekenen kapitaallasten, zoals door de NZa vastgesteld op basis van de beleidsregel 'definitieve opschoning van het budget i.v.m. uitbreiding van het B-segment 2008/2009'.

18 Artikel 57 lid 1onder b Wmg (oud).

19 Artikel 7 lid 1 en 3 Wmg (oud).

20 Brief van de NZa van 2 december 2008, 'overgangsregime kapitaallasten', CKEG/JMAN/thok/CI/08/50c080040523.

22. Ter uitvoering van dat verzoek heeft de NZa in november 2008 de beleidsregel Overgangsregime Kapitaallastenvergoeding vastgesteld, geldend van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2011 (de "**Overgangsregeling**").[21]

23. Doel van de Overgangsregeling was de gebouwgebonden kapitaallasten voor het B-segment gefaseerd risicodragend te laten worden. Ingevolge die Overgangsregeling werd de kapitaallastenvergoeding voor de aan het B-segment gerelateerde kapitaallasten niet in één keer, maar in drie stappen verlaagd.[22]

24. Het aan het B-segment toe te rekenen bedrag aan kapitaallasten dat vóór 1 januari 2008 voor budgetvergoeding in aanmerking kwamen, werd eenmalig door de NZa vastgesteld.[23] Die kapitaallasten werden vervolgens voor 75% opgenomen in het FB-budget van jaar t, voor 50% in jaar t+1, voor 25% in t+2 en voor 0% in jaar t+3.

25. Voor activa waarvoor vóór 1 januari 2008 een bouwvergunning op grond van de WTZi was afgegeven vond aanpassing van de aanvaardbare kosten plaats vanaf de datum van ingebruikname van de desbetreffende activa.[24] Volgens de NZa gold de Overgangsregeling alleen voor gebouwen die in de periode 2009-2011 in gebruik zouden worden genomen.[25] Bij de vaststelling van de aanvaardbare kosten door de NZa is het (geïndexeerde) bedrag bepalend dat bij eindafrekening van de vergunningprocedure door het Cbz is vastgesteld.

26. Artikel 6 van de Overgangsregeling bevatte de volgende hardheidsclausule:

---

21 Beleidsregel Overgangsregime kapitaallastenvergoeding (CI-1085); Brief 'overgangsregime kapitaallasten', NZa 2 december 2008 (CI/08/50c); Brief 'Extra uitleg beleidsregel 'overgangsregeling kapitaalasten vergoeding ziekenhuizen', NZa 17 april 2009 (CI/09/15C); Brief 'Overgangsregeling kapitaallasten', NZa 16 oktober 2009 (JMAN/mvem/CURE/09d0042232); Brief 'Uitvoering overgangsregeling kapitaallasten ziekenhuizen' (t.b.v. Technisch Overleg 26 april 2011), NZa 20 april 2011; Veelgestelde vragen overgangsregime kapitaallasten (beleidsregel CI-1085 en circulaire CI/08/50c) (zie: www.nza.nl).

22 Toelichting Ad 3 bij de Overgangsregeling Kapitaallasten.

23 Artikel 3.1 Overgangsregeling Kapitaallasten.

24 Artikel 4.1 jo. 3.1 Overgangsregeling Kapitaallasten.

25 Brief 'Uitvoering overgangsregeling kapitaallasten' (t.b.v. Technisch Overleg 26 april 2011), NZa 20 april 2011. De NZa interpreteert 'in gebruik nemen' als volgt: 'dat de desbetreffende gebouwen / bouwkundige voorzieningen aan de eigenaar zijn overgedragen en deze exploitatiekosten draagt alsmede financieel verantwoordelijk is voor het beheer en onderhoud.'; Brief 'Uitvoering overgangsregeling kapitaallasten' (t.b.v. Technisch Overleg 26 april 2011), NZa 20 april 2011, p. 10.

"*De NZa kan van hetgeen hiervoor in deze beleidsregel is bepaald ten gunste van een instelling voor medisch specialistische zorg afwijken als de onverkorte toepassing daarvan voor een instelling gevolgen zou hebben die wegens bijzondere - niet in de beleidsregel voorziene -omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Dergelijke onevenredige gevolgen kunnen in het bijzonder worden aangenomen als blijkt dat, ondanks de toepassing van het hiervoor bepaalde, de continuïteit van de zorg in gevaar komt als gevolg van het risicodragend worden van de kapitaallasten. Afwijking van het geen hiervoor in deze beleidsregel is bepaald geschiedt op individuele aanvraag van zorgaanbieder en/ of zorgverzekeraar. In een eventuele aanvraag moeten de omstandigheden worden aangevoerd en gedocumenteerd die volgens de aanvrager(s) tot afwijking van de beleidsregel zouden moeten leiden.*"

27. Doel van de hardheidsclausule was onder meer te voorkomen dat bij een specifieke instelling een negatieve vermogenspositie zou ontstaan als gevolg van de wijziging van de kapitaallastenvergoeding, waarbij de instelling zelf de causale relatie tussen de afbouw van de kapitaallastenvergoeding en de exploitatieproblemen diende aan te tonen.[26] De hardheidsclausule bood een mogelijkheid om instellingen tegemoet te komen in die gevallen waarin sprake was van evidente problemen en waar de Overgangsregeling voor het overige niet in een oplossing voorzag. Volgens de NZa was de volgorde dan ook altijd dat eerst de beleidsregel zou worden toegepast en dat pas daarna een beroep op de hardheidsclausule mogelijk zou zijn.[27] De NZa noemde een aantal gevallen waarin de hardheidsclausule zou kunnen worden benut:

"- *Hoge kapitaallasten. Als gevolg van hoge kapitaallasten (recente bouw) zouden ondanks de overgangsregeling de prijzen in het B-segment ver boven het gemiddelde van de omliggende ziekenhuizen uit moeten komen om verliezen te voorkomen.*
- *Bijzondere waardeverminderingen als gevolg van een omvangrijk B-segment, waar het eigen vermogen onvoldoende is om de waardevermindering op te vangen.*
- *Een* omvangrijk *boekverlies bij ingebruikneming nieuwbouw.*
- *Bijzondere* waardeverminderingen *als gevolg van de gewijzigde voorschriften voor de jaarrekening, indien sprake is van onvoldoende vermogen om een dergelijke vermindering op te vangen.*"

---

26 Brief 'overgangsregime kapitaallasten', NZa 2 december 2008, (CI/08/50C), p. 5.
27 Brief 'Extra uitleg beleidsregel 'overgangsregeling kapitaallasten vergoeding ziekenhuizen', NZa 17 april 2009, (CI-1085)', (CI/09/15C), p. 8.

28. In haar brief van 17 april 2009 wees de NZa erop dat het toekennen van nadeelcompensatie geen onderdeel uitmaakte van de Overgangsregeling.[28] Nadeelcompensatie zou volgens de NZa pas aan de orde kunnen zijn na toepassing van de Overgangsregeling en de hardheidsclausule. In ambtelijk overleg heeft de Minister de NZa het volgende laten weten:

> "*De intentie van VWS bij de nadeelcompensatie (die in het verlengde ligt van de overgangsmaatregel en de daarin vervatte hardheidsclausule) is dat ziekenhuizen door de systeemwijziging omtrent de afschaffing van de nacalculatie op de kapitaallasten niet in onoverkomelijke problemen zullen geraken. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien niet in redelijkheid mag worden verwacht dat kosten samenhangend met kapitaallasten die voorheen via de nacalculatie (FB) werden gefinancierd, na afloop van de overgangsmaatregel kunnen worden bekostigd op basis van marktconforme prijzen in het A-segment (gereguleerde deel) en het B-segment (vrije prijsvorming). Tegen deze achtergrond behouden ziekenhuizen de mogelijkheid om in de toekomst (nadat de budgettering en nacalculatie op kapitaallasten volledig is beëindigd) een beroep te doen op nadeelcompensatie.*"

<u>Afschaffing van het FB-stelsel in 2012</u>

29. Met de afschaffing van het FB-stelsel per 1 januari 2012 geldt de integrale bekostiging ook voor (de kapitaallasten uit) het A-segment en moest opnieuw een overgangsregeling worden getroffen. Daartoe heeft de NZa op aanwijzing van de Minister de beleidsregel Garantieregeling kapitaallasten 2011-2016 vastgesteld (de "**Garantieregeling**"),[29] geldend van 1 januari 2011 tot 31 december 2016. Zij vervangt de Overgangsregeling, die is ingetrokken per 1 januari 2012.[30]

30. Ingevolge de Garantieregeling kunnen zorginstellingen in de jaren 2012 t/m 2016 een afnemende vergoeding ontvangen voor het verschil tussen

---

28 Brief 'Extra uitleg beleidsregel ‘overgangsregeling kapitaallasten vergoeding ziekenhuizen’ (CI-1085)', NZa 17 april 2009, (CI/09/15C), p. 9.

29 Beleidsregel Garantieregeling kapitaallasten (kenmerk: BR/CU-2001); Brief 'kapitaallasten', Min. VWS 1 april 2010 (CZ/FBI-2987492); Brief 'Uitvoering overgangsregeling kapitaallasten ziekenhuizen' (t.b.v. Technisch Overleg 26 april 2011), NZa 20 april 2011 (zie: www.nza.nl); Beleidsregel Transitie Bekostigingsstructuur Medisch Specialistische Zorg (BR/CU-2087); Brief 'Toepassing Beleidsregels Garantieregeling kapitaallasten 2011-2016' (CI-14-7c), NZa 27 maart 2014.

30 Beleidsregel Transitie Bekostigingsstructuur Medisch Specialistische Zorg (BR/CU-2087), p. 81-82. Zie Brief 'Uitvoering overgangsregeling kapitaallasten' (t.b.v. Technisch Overleg 26 april 2011), NZa 20 april 2011, p. 1.

de kapitaallastenvergoeding die zij onder het FB-stelsel ontvingen en de vergoedingen die in de integrale bekostiging in de DBC-tarieven zijn verdisconteerd. Deze gegarandeerde vergoeding loopt terug van 90% van het budget (de relevante kapitaallasten) van 2011 in 2012 tot 70% van het budget 2015 in 2016.[31] De Garantieregeling heeft betrekking op activa die in de periode 2012 t/m 2017 in gebruik worden genomen.

Geen nadeelcompensatieregeling

31. Er is ruimte voor nadeelcompensatie wanneer een particulier onevenredig wordt getroffen door een op zich rechtmatige daad van de overheid, zoals bijvoorbeeld een wijziging van regelgeving.

32. Het advies van de Commissie Havermans was gestoeld op de gedachte dat de onevenredige nadelige gevolgen van de systeemwijziging dienden te worden beperkt. Zoals hiervoor weergegeven heeft dit geleid tot de vaststelling van onder meer de Overgangsregeling Kapitaallasten (met hardheidsclausule) en de Garantieregeling.

33. De Commissie Havermans sprak de verwachting uit dat met deze overgangsregelingen de aanspraken op (verdere) nadeelcompensatie beperkt zouden zijn.[32] Eventuele nadeelcompensatie aan individuele instellingen (bovenop en/of naast toepassing van de overgangsregeling en/of de hardheidsclausule) zou pas plaats kunnen vinden aan het einde van het overgangstraject. Toekenning van nadeelcompensatie in die fase, zou plaatsvinden door het nemen van een afzonderlijke 'nadeelcompensatiebesluit', bij voorkeur op basis van een vooraf gepubliceerde bijzondere nadeelcompensatieregeling.

34. In zijn kamerbrief van 1 april 2010 ter introductie van de Garantieregeling heeft de Minister echter aangegeven dat hij het in het licht van de door hem voorgestelde evenwichtige, generieke overgangsregel niet nodig en niet wenselijk achtte om een nadeelcompensatieregeling te treffen voor specifieke groepen instellingen.

35. Tot op heden heeft de Minister aan de NZa niet gevraagd een dergelijke regeling vast te stellen en heeft de NZa zulks ook niet gedaan.

31 Artikel 4.3 Garantieregeling; Brief 'Uitvoering overgangsregeling kapitaallasten' (t.b.v. Technisch Overleg 26 april 2011), NZa 20 april 2011, p. 1-2.

32 Advies Commissie nadeelcompensatie Ziekenhuizen, 'Ondernemen, maar met zorg', 30 september 2008, p. 35.

De rechtspraak met betrekking tot het afwijken van gelijksoortige overgangsregelingen

36. Krachtens artikel 4:84 Awb handelt een bestuursorgaan overeenkomstig de voor een bepaald onderwerp geldende beleidsregel, tenzij dat voor een of meerdere belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

37. In een aantal uitspraken van recente datum heeft het CBb geoordeeld over de toepassing - en afwijking - van NZa-overgangsregelingen die betrekking hebben op het afschaffen van het bouwregime.[33] Hoewel de toepassing van de Overgangsregeling Kapitaallasten of de Garantieregeling nog niet in rechte is beoordeeld, bieden deze uitspraken inzicht in een mogelijke beoordeling van die regelingen.

38. Belangrijke kanttekening is dat het CBb tot op heden nog niet is geroepen te oordelen over de toepassing van een hardheidsclausule zoals artikel 6 van de Overgangsregeling Kapitaallasten. De uitspraken van het CBb hebben voor wat betreft de afwijking van overgangsregelingen slechts betrekking op afwijking op de voet van artikel 4:84 Awb.

39. Allereerst volgt uit de uitspraken dat de bevoegdheid tot het vaststellen van overgangsregelingen is voorbehouden aan de NZa en dat deze niet afhankelijk is van (algemene) aanwijzingen van de Minister. Ook indien een beleidsregel niet overeen zou stemmen met dergelijke aanwijzingen, is de NZa in beginsel aan de beleidsregel gebonden. Zulke beleidsregels kunnen de rechterlijke toetsing doorstaan, tenzij deze in strijd zijn met de wet of een redelijke beleidsbepaling of de toepassing in een concreet geval gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zouden zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.[34]

40. De strekking van de overgangsregels moeten beperkt worden opgevat.

[33] Zie m.n. CBb 13 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:183 (*St. Ziekenhuisgroep Twente/NZa*), CBb 8 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:253 (*St. Maastricht Radiation Oncology 'Maastro Clinic'/NZa*), CBb 25 november 2014, ECLI:NL:CBB:2014:431 (*St. Vlieland Ziekenhuis/NZa*), CBb 8 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:432 (*St. ZuidOostZorg e.a./NZa*). Zie voorts CBb 12 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX1252 en CBb 17 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:129.

[34] CBb 13 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:183 (*St. Ziekenhuisgroep Twente/NZa*).

Strikte toepassing in specifieke gevallen is toegestaan. Daaraan ligt onder meer de beleidsvrijheid van de NZa ten grondslag, alsook de complexiteit van de inhoudelijke beoordeling, de dreigende overschrijding van de beschikbare middelen, dat sprake is van een samenhangend geheel van overgangsregelingen en voorts dat door de Minister bij herhaling is erkend dat in geval van resterende schade ten gevolge van de systeemwijziging, de overheid onder omstandigheden gehouden zal zijn tot het bieden van nadeelcompensatie via een nadeelcompensatieregeling.[35]

41. Omstandigheden waarmee bij het vaststellen van de beleidsregel rekening is gehouden kunnen niet als een bijzondere omstandigheid worden aangemerkt die noopt tot afwijking van die beleidsregel op grond van artikel 4:84 Awb.[36] Het enkele feit dat het vervallen van de voorheen gegarandeerde, productieonafhankelijke kapitaallastenvergoeding leidt tot een verslechtering van de financiële positie van een instelling, is bijvoorbeeld een omstandigheid waarmee bij het vaststellen van de Beleidsregel Afschrijving (CI-957/CA-165) uitdrukkelijk rekening is gehouden. Zulke omstandigheden nopen volgens het CBb op zichzelf dus niet tot afwijking van die regeling.

42. In een procedure waarin de Stichting Vlietland Ziekenhuis de NZa had verzocht af te wijken van de Beleidsregel Afschrijving, concludeerde het CBb dat in dat specifieke geval sprake was van bijzondere omstandigheden. Het CBb overweegt evenwel dat in aanmerking moet worden genomen dat aan het einde van de overgangsperiode (voor de betreffende overgangsregeling na 2016) voor de Stichting de mogelijkheid zal bestaan om, op basis van een nog tot stand te brengen nadeelcompensatieregeling, een verzoek in te dienen om nadeelcompensatie en daarmee verlichting te krijgen van de kapitaallastenproblematiek die door de stelselwijziging wordt veroorzaakt.[37] De vraag die moet worden gesteld is of de last eind 2016 onevenredig zwaar zal zijn en of, indien dat het geval is, van de Stichting kan worden gevergd dat verlichting van die last wordt uitgesteld tot dat moment en voor nu kan worden volstaan met toepassing van de algemene overgangsregeling van de Beleidsregel Afschrijving. Het CBb overwoog:

---

35 CBb 13 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:183 (*St. Ziekenhuisgroep Twente/NZa*).

36 CBb 8 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:253 (*St. Maastricht Radiation Oncology 'Maastro Clinic'/NZa*); Dit geldt naar onze mening ook voor de toepassing van de hardheidsclausule in de Overgangsregeling Kapitaallasten.

37 CBb 25 november 2014, ECLI:NL:CBB:2014:431 (*St. Vlieland Ziekenhuis/NZa*).

"*Gelet op het debat tussen partijen is voor de beoordeling van het geschil doorslaggevend of een afboeking door* [de Stichting] *van haar vordering op de overheid zal leiden tot een technisch faillissement.* […] *Het College* […] *ziet met name in de sinds 2008 steeds verder gedaalde risicovrije rente aanleiding om te oordelen dat de situatie zich voor appellante zodanig positief heeft ontwikkeld dat* [de NZa] *heeft mogen oordelen dat geen sprake is van een onevenredig zware last die met toepassing van 4:84 Awb moet worden verlicht.*"

43. Van belang is aldus de beoordeling van de onevenredigheid van de last in het specifieke geval, waarbij hoge eisen worden gesteld aan de vraag of verlichting van de last kan worden uitgesteld tot na het eindigen van de periode waarop de overgangsregeling betrekking heeft.

Het DHAZ-kader

44. Op 9 december 2003 is door de Minister, de Staatssecretaris van OCW, de raden van bestuur van de academische ziekenhuizen en de Vereniging Academische Ziekenhuizen het convenant Decentralisatie Huisvesting Academische Ziekenhuizen (het "**Convenant**") ondertekend. Het Convenant is op 1 januari 2004 van kracht geworden.[38] Op grond van het Convenant konden Universitaire Medische Centra beschikken over een jaarlijks investeringskader voor instandhoudingsinvesteringen en vervangende nieuwbouw. Volgens artikel 11 lid 2 Convenant is het Convenant te karakteriseren als een wederzijdse inspanningsverplichting en niet juridisch afdwingbaar.[39]

45. Ingevolge artikel 1.14 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ("**WHW**"), zoals dat gold ten tijde van de Toezeggingsbrief, maakten academische ziekenhuizen ten behoeve van hun werkzaamheden ten dienste van het wetenschappelijk geneeskundig onderwijs en onderzoek aanspraak op een door de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (de "**Minister van OCW**") te bepalen deel van de rijksbijdrage. De rijksbijdrage werd op grond van artikel 2.5 lid 1 jo. 2.6 lid 1 WHW, voor zover het betrof investeringen in gebouwen en terreinen, berekend op grond van een algemene berekeningswijze of op grond van een andere door de Minister van OCW te bepalen wijze.

---

38 *Kamerstukken II*, 29200 VIII, nr. 118.
39 Artikel 11 lid 2 en toelichting bij het Convenant.

46. De berekeningswijzen waren uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit WHW 2008 (het "**Uitvoeringsbesluit**"). Ingevolge artikel 4.26 lid 6 Uitvoeringsbesluit namen de Minister en de Minister van OCW voor investeringen vanaf 2008 jaarlijks vóór 1 november een besluit waarin het toegestane bouwvolume voor het daarop volgende begrotingsjaar werd vastgesteld (ook wel bekend als "**PBA-besluit**" (Planning van het Bouwvolume Academische Ziekenhuizen)).[40] In het PBA-besluit werd onder meer het investeringsbedrag per academisch ziekenhuis en het OCW-deel daarvan opgenomen. Deze bepaling en de overige bepalingen van artikel 4.26 Uitvoeringsbesluit strekten er onder meer toe de toevoeging aan de rijksbijdrage vanwege de huisvestingsvergoeding voor academische ziekenhuizen over de periode vanaf 2008 vast te stellen.[41]

47. De PBA-besluiten werden vastgesteld na overleg tussen de Minister van OCW en een vertegenwoordiging van de instellingsbesturen van de bekostigde universiteiten waaraan een academisch ziekenhuis is verbonden.[42]

De beschikbaarheidbijdrage

48. Met de afschaffing van het FB-stelsel per 1 januari 2012 moest een regeling worden getroffen voor de vergoeding van ziekenhuisuitgaven die niet werden vergoed via DBCs.

49. Met ingang van diezelfde datum is om die reden met de Wet aanvulling instrumenten bekostiging WMG in artikel 56a WMG het instrument van de beschikbaarheidbijdrage geïntroduceerd. Deze bijdrage maakt bekostiging van zorgaanbieders mogelijk voor activiteiten en voorzieningen ten behoeve van de beschikbaarheid van vormen van zorg:

- waarvan de kosten voor de afzonderlijke prestaties niet of niet geheel zijn toe te rekenen naar of in rekening te brengen zijn aan individuele zorgverzekeraars of verzekerden, of
- waarbij een toerekening van de kosten naar tarieven marktverstorend zou werken, en
- die niet op andere wijze worden bekostigd.

---

40 De regeling in het Uitvoeringsbesluit is de opvolger van een grotendeels gelijkluidende regeling in het voorheen geldende Bekostigingsbesluit WHW, Staatsblad 2008, 146, p. 48.

41 *Stb* 2008, 146, p. 48.

42 Artikel 4.7 Uitvoeringsbesluit jo. 3.1 lid 1 WHW.

50. Bij het Besluit beschikbaarheidbijdrage WMG ("**BBWMG**")[43] is bepaald voor welke vormen van zorg en in welke gevallen een beschikbaarheidbijdrage kan worden toegekend. In het BBWMG is ook bepaald in welke vorm de bijdrage wordt toegekend en welke voorwaarden, voorschriften of beperkingen worden gesteld aan het toekennen van een beschikbaarheidbijdrage.

[43] *Stb* 2012, 396.